法 学 研 究

发展导向下中国式规制国家的法治构造

董 学 智
(福建师范大学 法学院, 福州 350117)

摘 要: 规制国家是对国家与市场关系的理论提炼和经验总结。改革开放后,我国走上了塑造规制国家之路。经过四十余年的变革和积累,以发展为导向的中国式规制国家已基本成型。决定规制国家形态的并非是规制工具、规制策略等技术方面的内容,而是在外部取决于对政府与市场关系的定位和把握,在内部建基于规制组织所嵌入的国家治理结构和治理体系。可经由"促进发展之法"的经济法规范和宪法安排观察中国式规制国家的法治构造。对发展和法治的双重追求和内在二元张力的调试是中国式规制国家的形塑逻辑,对法治建设提出了非正式法律渊源盛行和监督制约机制不足等复杂难题,因而未来还需要更为创新的理论解释和制度完善。

关键词: 发展导向型;中国特色;规制国家;法治构造
中图分类号:D912.29 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2022)03-0123-08

一、规制国家的法治与发展

作为一种全球浪潮,"规制国家"(Regulatory State)的兴起是当代经济治理的必由之路,我国也并不例外。规制(Regulation)是一个在社会科学领域中特别流行的词汇,是指国家不再直接进行生产或者提供服务,而是发挥间接作用的,诸如再分配、宏观经济调控、市场监管等形式的国家经济职能的日益强化。① 由于各国历史渊源、经济体制和治理模式皆有差异,规制国家的形态演进虽可能趋同,但显然并不完全一致,必定各具表征和特色。比如,从市场主体角度来看,作为现代规制国家"原型"的美国是通过独立规制机构和复杂的规制法律来约束企业,欧洲国家则有大量的国有企业来实现政府的多重目标,而以日本、韩国为代表的东亚模式却更注重政府与企业之间的紧密联系。②

在中国,四十余年波澜壮阔的改革开放历程正是"中国式"规制国家逐步构筑的进程。从法治与规制的关系来看,中国法治建设始终是与改革开放、与规制国家的形塑同向而行、相互促进的。伴随着市场化改革的不断推进,国家对市场的干预方式进行重塑,国家计划让位于市场力量,政企不分被打破,经济管理部门被精简和撤并,经济官僚机构的能力和效率得到提升,一系列新的监管机构得以组建。中国近年来的一些改革与OECD所倡导的规制型政府改革十分类似。③ 时至今日,中国式规制国家已经基本形成,并将向着更加成熟更加定型迈进。之所以冠以"中国式"之名,在于中西方规制国家的演进路

收稿日期: 2021-11-08
作者简介:董学智,男,浙江文成人,福建师范大学法学院副教授。
基金项目:国家社会科学基金青年项目"宏观调控主体法律责任体系构建研究"(项目编号:20CFX055)。

① Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, Journal of Public Policy, Vol.17(2), 1997, p.139.

② David Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol.598, 2005, pp.12-32.

③ OECD, *China in the Global Economy: Governance in China*, OECD Publisher, 2005, p.11.

径、基本结构、中央与地方关系、官僚决策与执行机制、政府与社会、市场的关系等各方面都有着较显著的区别。① 不过,当前中国式规制国家显然还不尽完善,容易出现"失灵"困局,可能的原因在于规制理念上的"有限准入和无限责任"、规制模式中的"重审批轻监管"和规制体制的"碎片化",尚需思考针对性地改进。② 近年来,国家推动的转变政府职能、"放管服"改革、优化营商环境在很大程度上都是进一步深化规制改革的努力。获益于此,一些规制流弊得以改善,如通过"负面清单"模式和强化事中事后的日常监管来取代"发证式"的准入式规制,通过加强联合执法以避免"碎片化"规制的弊病。

此外,还有一点与西方经典规制理论和经验的显著不同之处在于,除了致力于纠正市场失灵,"中国式"规制国家还被赋予了一个可能更为重要的使命,即试图创设、维护和发展市场,同时还兼容了一些诸如就业充分、社会稳定等经济社会价值目标。其实这并不难理解,谋求发展本就是我国宪法规定的国家根本任务;而作为后发国家,或者说"发展型国家"(Developmental State),有为政府创造经济奇迹更是我国发展的基本逻辑和制度优势。在发展理念方面,我国根据自己国情,结合当时世界流行的发展理念,在不同阶段形成了符合时代要求也具有自身特色的发展理念,从最初把发展理解为现代化,把现代化等同于工业化,到改革开放后"以经济建设为中心""发展才是硬道理""可持续发展观""科学发展观"到"新发展理念"等渐次成为发展主导思想。可以说,发展既作为愿景目标,又是评价结果,更是动力系统,形塑着我国经济制度变迁的方方面面。也意味着中国式的规制国家需要同时扮演市场促进者(Enabler)和监管者(Regulator)的双重角色。事实上,这种具有内在矛盾的双重角色,成为中国式规制国家构建的逻辑起点,也因此必然会滋长和触发许多有别于西方规制国家中的法治问题和风险。比如,除了前述难题外,还有诸如地方政府之间为了谋求各自经济发展而展开的不当税收竞争仍无法有效解决,成为税收法治建设的障碍;行政性垄断依然存在,公平竞争审查实施中频频遇阻,破坏了市场机制和竞争法治;等等。正如作物生长根植于土壤,种种问题均有必要追根溯源至规制国家的底层逻辑:对经济社会发展的需要和追求如何系统性地影响法治构造? 规制国家的法理学构建主要是从规制的实体目标和权力机构的设计两个层面来完成。③ "中国法治建设的最大动力、最大希望和最大挑战其实都来自对经济发展的追求。"④因此,从法学上梳理"发展话语"在规制法的制度体系中是如何表达的,描述"发展导向"所影响的法治构造,总结和解析我国在建设经济法治时面对的挑战,进而在深层次上描摹中国是如何处理经济社会发展与法治建设之间的协同关系,可以为反思未来法治建设的可能着力点提供理论准备。

二、发展导向下的规制法治构造解析

所谓"发展导向",就是要侧重于保障和促进稳定发展。发展,既包括国家整体的发展,也包括公民个体的发展。发展导向下的法治就是要在法治框架下充分关照各类市场主体的发展权利和社会经济的整体发展。无论是大陆法系国家还是英美法系国家,发展意涵的制度表达以及法律作用于发展的方式,主要是依靠制定法或者判例法以及国家政策,最终都会体现到各个法律部门和领域中的相关体制、机制和制度上来,从而影响规制国家中的法律体系与法治结构。

(一)发展话语进入规制法体系:以经济法为例

发展话语进入法体系是指发展作为法的理念、价值、目标融入法规范,或是直接成为某个法的立法

① 胡颖廉:《"中国式"市场监管:逻辑起点、理论观点和研究重点》,《中国行政管理》2019 年第 5 期,第 22—28 页。

② 刘亚平:《中国式"监管国家"的问题与反思:以食品安全为例》,《政治学研究》2011 年第 2 期,第 69—79 页。

③ 程岩:《规制国家的法理学构建——评桑斯坦的〈权利革命之后:重塑规制国〉》,《清华法学》2010 年第 2 期,第 145—159 页。

④ 叶竹盛:《非正式规则与法治:"中国难题"的挑战》,《法律科学》2013 年第 3 期,第 15—23 页。

目标,或是具体影响法的制度设计和规范构造。换言之,即依循“目标—功能—结构”的逻辑进行规范构建。从部门法来看,规制国家中的法律主要归属于经济法、社会法、环境法等现代法律部门,传统法律部门诸如民商法、刑法、行政法对发展的关注和影响主要是潜移默化的、间接的,偏重于维护市场内生性力量。作为“发展促进法”①的经济法,则着重于国家的外部干预,能够直接、精准、着力促进发展。经济法领域的诸多立法,如《价格法》《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等,在条文中即直接规定“促进社会主义市场经济健康发展”为立法目标;《银行业监督管理法》《保险法》《城市房地产管理法》《广告法》等行业性立法,亦明确宣示要促进本行业健康发展。因此,无论是经济法的调整目标、调整手段,还是规范结构、法律功能,均充分体现出“促进发展”的意旨。

首先,从经济法的调整对象来看,经济法所调整的宏观调控和市场监管的法律关系与国家促进发展过程中对社会和市场主体进行规范引导而产生的法律关系正相耦合,因而国家促进发展的行为,在很多时候都需要运用经济法规范。例如,为加强环境保护,促进经济与生态协调发展,立法层面已经对汽车燃油等征收了消费税,以实现绿色发展目的;为了维护国家整体的发展利益,《反垄断法》例外性地规定了适用除外的豁免制度。

其次,从促进发展的方式来看,国家通过宏观调控和市场规制双重方式引导和实现社会、个人在各方面的发展。在宏观调控层面,财政法、税法、规划法能够通过引导市场主体行为的方式实现发展目标;市场规制方面,反垄断法、反不正当竞争法以及消费者权益保护法通过对市场主体行为的直接规制实现发展。从规范内容上看,“促进型法”中所运用的促进手段,通常是各类法律化的经济政策工具,包括财税促进、金融促进、竞争促进、产业促进、外贸促进等。正是多种法律化的经济政策工具,构成了“促进型”经济法的核心内容。在具体法律规范中,上述促进手段主要体现为各类鼓励性的优惠制度,其中,较为重要的有财政优惠(如财政补贴、专项转移支付)、税收优惠(如税收减免)、金融优惠(如低息贷款)、竞争优惠(如前述适用除外)、产业优惠(如投资鼓励),等等。

最后,从经济法的规范结构来看,经济法内含大量旨在通过法定的鼓励性手段来促进经济社会发展的规范,即“促进型规范”,其与“限禁型规范”一道,构成经济法规范的两大类型。② 甚至,“促进型规范”本身在我国也有单独地专门立法,如《中小企业促进法》《循环经济促进法》。“促进型”经济法规范的内部“权力(利)—义务”配置也呈现出一种非均衡的结构,并且这种非均衡性的向度刚好与传统公法相反。就公权主体来说,传统公法是权力(利)多于义务,而“促进型”经济法规范则对公权主体或执法机关的权力(利)很少规定,更多的是关于政府促进职责的内容。③ 同时“促进型规范”绝大多数是授权型规范,通常是立法授权政府,赋予政府职责,并且目前这样的授权大多是非常宽泛,且极少受约束的。总之,通过促进型经济法规范的运用,保障和推动了中国式规制国家的发展意涵的实现。

(二)发展任务形塑权力结构

“规制不可能与更为宽泛意义上的治理模式和宪法模式相分离。”④发展是国家的根本任务,在我国改革开放以来各项大刀阔斧的经济制度改革、社会急剧转型的历史背景之下,“中国模式”有其深刻的现实合理性与实践必然性,即需要一个强有力的政府来主导创制经济与社会生活的规则,强制性地推进大规模的制度变迁。在我们这样的一个大国里,中央与地方关系如何调试,集权与分权如何选择,无疑都会深刻影响到规制国家的格局和运作。中国通过实践探索出的能够充分调动中央和地方“两个积

---

① 张守文:《经济法学的发展理论初探》,《财经法学》2016 年第 4 期,第 15—24 页。

② 张守文:《发展法学:经济法维度的解析》,北京:中国人民大学出版社 2021 年版,第 44 页。

③ 焦海涛:《论“促进型”经济法的功能和结构》,《政治与法律》2009 年第 8 期,第 77—84 页。

④ 托尼·普罗瑟:《政府监管的新视野:英国监管机构十大样本考察》,马英娟译,南京:译林出版社 2020 年版,中文序第 II 页。

极性”的原则,既为地方政府推动发展提供了经济基础和制度激励,又保证了中央权威和集中统一领导。因此,从动态的法治运作来看,法治构造根本上是由权力的分配和相互关系所决定的。中国式规制国家在横向的“立法—行政—司法”维度体现为“政府垄断”与各结构性权力的“合作主义”;而在纵向的“中央与地方关系”维度,则体现为“行政发包制”。

1.“垄断与合作”的横向结构

在经济治理领域,由于政府的功能优势,从制度竞争的角度上看,政府立规具有超越人大立法的效率优势,因而中国法律发展过程中政府担负着引导法律发展走向的责任。因此,有学者将这种法律发展模式叫作“政府推动型模式”或“政府主导型模式”。① 尤其在经济法领域,可以说政府不仅是主导,甚至走向极致:形成某种“垄断”——政府(甚至主要是具体的经济职能部门)垄断了经济法知识的生产和规范文本的输出,这种“垄断性”在人大立法和最高人民法院形成裁判规则的过程中也得到了充分体现。比如,在具体的裁判规则形成过程中,甚至出现了最高人民法院“比附”国务院相关规定的做法。② 即使在人大的经济领域立法中,政府的参与度也是极深的,国务院从立法准备到法案成为法,再到立法完善阶段,是全程参与乃至主导过程的。③ 即便“人大主导立法”的命题提出之后,亦有学者和实务工作者警示不要过于理想化。④ 此外,我国法院更接近于“政策实施型”的司法体制,其核心逻辑为:在以改造、塑造经济社会为目标的能动型国家观念的支配下,法院的中心任务被定位于执行国家在各个时期的政治、经济政策纲领,而“纠纷解决”则成为附随的功能。

除了政府的“垄断”地位,在人大、政府、法院三者互动关系中更接近于“分工合作”。在我国现行的政治经济体制框架之内,权力部门彼此间的关系在本质上表现为分工基础上的“各管一摊”,且“既分工又合作”。以证券监管为例,行政监管部门当然地成为处理相关问题的首要责任部门。面对政府权力主导下的证券市场,人大主要是等待时机成熟而修订经过充分妥协、讨论的《证券法》,而法院一贯对资本市场的风云变化持保守立场,并不想主动寻求解决现有市场秩序的种种问题(也确非法院一家所能解决的)。这在解决因证券交易所自律管理引发的纠纷时也毫无例外。再以对政府经济职能部门颁布的各项规范的审查为例,“合作主义”使得人大、法院或怠于、或无力对政府制定的各类规范予以审查,那么审查的功能——权力监督、权利保障和维护法制统一⑤——就无法得以很好地发挥了。

2.“行政发包制”的纵向结构

从中央与地方分权的角度出发,对于中国式规制国家的治理结构、规制体制和具体规制领域的规制困境,诸多学者提出了不同的理论框架。周黎安教授创设了“行政发包制”这一经典概念,用以解释当代中国中央与地方之间的权力分配格局以及规制失灵的组织机理。⑥ 按照其理论阐述,这是“行政发包制”和“政治锦标赛”的积极作用同时被抑制所导致的必然后果,规制体系需要严格的法律规则程序和精细化管理以及长期持续的监管,然而这些均是行政发包制的软肋。从法律逻辑来看,“行政发包制”主要根源于我国中央与地方的财权和事权分配体制所型构的宪法安排。在中央与地方关系层面,我国

① 姚建宗:《法理学》,北京:科学出版社 2010 年版,第 363 页。

② 郑智航:《论最高人民法院裁判规则的形成功能——以最高院民事司法解释为分析对象》,《法学》2013 年第 11 期,第 49—57 页。

③ 参见王保民:《现代国家政府立法角色研究》,北京:法律出版社 2015 年版,第 71—82 页。

④ 如秦前红:《人大主导立法不能过于理想化》,《人大研究》2017 年第 2 期,第 33—34 页;陈维民、秦前红、杨云彪等:《破除人大主导立法的迷思》,《浙江人大》2017 第 6 期,第 40—41 页。

⑤ 参见姜明安:《法规审查与法规评价研究》,北京:北京大学出版社 2014 年版,第 32—36 页。

⑥ 关于“行政发包制”,参见周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,上海:格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社 2017 年版,第 29—76 页。

一直没有清晰的法律规则,因此,宪法规定的"两个积极性"原则加上宪法及相关组织法中一些关于央地的框架性的权限划分规定,实际上创设了相当程度的央地关系调试、纵向府际权力划分与运作的空间;并且实际上处于掌控地位的中央也十分乐于运用这样的管控装置通过地方竞争推动地方经济社会的发展。当然,灵活空间的代价必然是正式制度的模糊、粗糙和易变,也由此产生了中国式规制国家构建过程中所面临的特殊困境——在经济分权背景下,国家层面的内部利益分化使得中国式规制国家的建设中面临的不仅仅是"政府—市场"的单一维度,而且更增加了科层利益罅隙等诸多不确定变量。这些根源于体制机制上的困境,造成许多"好"的政策在推行中可能遇到梗阻,甚至产生新的问题,诸如破坏统一市场的行政垄断屡禁不止;房地产市场价格调控中的阳奉阴违、消极抵制;"影子银行"的整治加剧了中小企业的融资困难;等等。

三、发展导向下法治建设中的二元张力

"规制属于目的性活动,旨在实现特定的公共政策目标,因而规制更强调目标和结果,而法律更关注过程;法律对公平性和过程的关注,会与规制的目的导向并不一致。"①因此,强调实质、效果与策略性的规制,天然地会与更偏重形式、过程与稳定性的法治存有内在张力。这一张力,在我国发展导向下的治理模式、法律体系结构和不成熟的市场机制融合叠加之下被放大,给法治提出了在社会规范层面非正式法律渊源②盛行和体制机制层面监督制约机制不足的两大难题,并由此制造、衍生了许多法律上的困境,对法治的成熟和完善造成了窒碍。

(一)规范多元和形式法治之间的张力:非正式法律渊源与正式法律规则

经济法始终需要在向政策、市场机制等其他治理系统开放的同时又坚持法封闭结构的自我完整性与独立性。因此,在经济法领域,有关法定性与政策性、稳定性与变易性、统一性与分散性的冲突和抵牾可谓比比皆是。以在经济领域中依然存在"重政策轻法律",以及大量"用政策替代法律"的现象为例:即使从规范体系的结构上看,亦呈现规范位阶和数量比例的"倒三角"结构,意味着在规制领域,政府的规制机构基本上依靠不是正式法律渊源的"其他规范性文件"和各类因地制宜的经济政策,来实施法律和中央某一时期的宏观经济政策。例如,整理近年中国证监会对内幕交易、操纵市场的行政处罚案件的法律依据不难发现,尽管《中国证券监督管理委员会证券市场操纵行为认定指引(试行)》《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》仅是规范性文件,但其实际上已经成为证监会认定操纵市场、内幕交易行为的最终准则。其中对各类市场操纵、内幕交易行为的认定均有非常细化的标准,对证券法未能穷尽列举的"其他"手段也进行了细分。虽然证监会的处罚决定书从未公开援引此文件,但其在证监会作出处罚时起到的"指导作用"使其成为所有处罚决定做出的隐形依据。③

非正式法律渊源的泛滥无疑会冲击法治建设。首先因为从根本上而论,法治是不欢迎饱含价值、政策、习惯、道德等法外因素所带来的不确定性的,然而经济法的规范性却表现出明显的弱化特征。④ 我们所熟稔的规范法学中的合法性分析技术,也正是基于具有安定性的法概念之上的一套技术。最常受

---

① 科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康译,北京:清华大学出版社 2018 年版,第 17 页。

② 法律渊源,指的是有效力的法律表现形式。在不同的法律传统和法律体制下,其法律渊源是不同的。就我国而言,正式法律渊源是由《宪法》和《立法法》所规定的,不应对此过度扩展。政策等其他规范性文件、习惯、道德、宗教、乡规民约、企业自制规范都应被归于非正式法律渊源。参见刘作翔:《回归常识:对法理学若干重要概念和命题的反思》,《比较法研究》2020 年第 2 期,第 108—119 页。

③ 汤欣、高海涛:《证券市场操纵行为认定研究——行政处罚案例的视角》,《当代法学》2016 年第 4 期,第 103—117 页。

④ 参见岳彩申:《论经济法的形式理性》,北京:法律出版社 2004 年版,第 158—165 页。

指责的破坏法治的问题之一即是经济社会领域中的法规范体系不符合调制法定原则的要求,尤以财税法最为凸显和紧迫。其次,还有创制规则主体泛化的问题。我国《宪法》和《立法法》虽然只赋予中央政府和部分政府及其职能部门的规则制定权,但又通过模糊的“措施”和“命令”的形式默许了规则创制主体和规则类型的宽泛化。同时,因应某种任务需要,政府往往会制定各种临时性的组织性规则,创设临时性机构。① 而且,它们似乎都不满足于制定解释性和程序性规则,而是有意无意地在涉足立法性和实体性的规则。此外,还有些议事协调机构如国务院反垄断委员会、国务院金融稳定发展委员会,它们为实现特定规制目标,会制定相关政策规则,从而在特定领域起到社会导向作用和法效果。在经济法近期的事例中,如 2017 年互联网金融风险专项整治工作领导小组办公室、P2P 网络借贷风险专项整治工作领导小组办公室《关于规范整顿“现金贷”业务的通知》即提出强化规制手段,从而对该行业造成很大的实质影响。当然,在规制国家,对政府规则制定的依赖其实世界各国皆是如此,依“法”行政似乎早已被事实上的“依规”行政所取代。“在法律秩序的结构中,法规犹如汪洋大海,法律只是漂浮在大海中的少数孤岛。”②但是,我国的突出特点却在于对非正式法律渊源具有某种“过分”的依赖,特别是对于创制法律之外的规则具有较强的路径依赖。

总之,在经济法运行中之所以会更多涉及政策性、变易性、分散性等问题,与宏观调控和市场规制所需要的应变性、灵活性,以及经济法作为“发展促进法”的功能定位有关。③ 然而,形式法治的逻辑是恪守“法定主义”:由立法机关先制定法律授予执行机关职权,执行机关依据法定职权和程序行使该职权来进行管理。法定主义要求仅在特殊情况下方可对执法者进行立法授权,并应受到实体和程序两方面严格的约束。因此,非正式法源的盛行意味着法律空白或者授权立法失之过宽,在很多时候,执法者同时是立法者,其自己制定规则且自己执行,打破了先有立法、后有行政的法治基本逻辑;此外还造成了部门利益法制化和分散规则之间的协调问题,这无疑会对整个形式法治体系造成破坏,由此才衍生了一系列难题。遗憾的是,这种实践中“好用”的经验逻辑对于法治而言却是致命的:长久下去,正式法源成为非正式法源的依据,而不是法律实施的依据;由于法律失去了与其调整对象的直接接触,本身的价值将难以落地,法律的规范功能和社会功能都将被大打折扣;而分散化、碎片化的非正式法源因不具备法的安定性和合理性,实质上也并不利于长期利益的妥当分配和保障。

(二)功能性权力和结构性权力之间的张力:权力间的分工合作与监督制约

绝大多数现代法治国家的治理结构都是以在不同机关之间配置立法、行政和司法这三种权力的法治基本格局为依托的。虽然重视目标结果和法律功能的规制国家的出现使得这三种权力之间出现了一些模糊、交叉地带,或者某一机关复合行使多种权力。我国基于工具主义和经验逻辑,更加依赖不同性质的权力之间的相互支撑与相互协调。但法治仍然将维护“良法之治”的希望主要寄托于权力之间的相互制衡,希望通过结构性分权制度和权利救济机制来限制和规范权力。

在西方规制国家中,规制性权力由议会法律予以较详细而明确的规定,政府主要在条文授权范围和规范适用的角度享有“剩余立法权”④。而我国则在经济治理领域里存有大量的暂行立法、授权立法、试点立法、过渡立法等形式的直接而宽泛的人大授权。当然,渐进式经济体制改革进路是我国改革开放

---

① 参见《国务院行政机构设置和编制管理条例》。

② 王名扬:《美国行政法》(上),北京:中国法制出版社 1995 年版,第 353 页。

③ 张守文:《经济法的法治理论构建:维度与类型》,《当代法学》2020 年第 3 期,第 131—140 页。

④ “剩余立法权”最初来自皮斯托和许成钢教授提出的“法律不完备性”理论,是指通过解释现有法律将其扩大适用于新案例的权力。“剩余立法权”在经济法中较为常见。参见叶姗:《税收剩余立法权的界限——以成品油消费课税规则的演进为样本》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2013 年第 6 期,第 125—132 页。

以来探索中国特色社会主义道路的成功经验,也促成了我国独特的“试验型法治”样态。① 虽然现在尤为强调“重大改革于法有据”,相比于过往或是空白或是失之过宽的各式授权已有进步,但无论是授权本身的实体性和程序性规则,还是授权后人大如何发挥监督职能,其实仍然颇为粗糙。

再以司法审查为例,司法审查一般指法院对政府行为的合法性审查。司法审查本是一种保证规制国家不偏离法治轨道的核心机制之一。《立法法》将行政法规和规章定位为“法”,从而造成将这两类规则被排除出了行政诉讼。2014 年修订后的《行政诉讼法》规定了法院可以审查规章以外规范性文件的合法性,这与法院对于规章的参照和选择适用一道,形成了司法审查政府规则制定的制度框架。但从实效层面,政府和各类规制机构所制定的低层级的规范性文件的内容以及法院在判决书中对待这些规则的态度来看,司法审查恐怕是“难起波澜”。尤其是在规制国家语境下,囿于种种考量(如宏观调控的可诉性存疑②、“政策实施型”制度逻辑,等等),法院对政府立规的司法审查更显困难。在法技术层面,法院应当如何审查、如何适用其他规范性文件还存有许多理论疑难。然而可能更为困难的是,从权力运行的实效性角度来看,在我国“合作主义与弱监督”的法治构造之下,法院系统是有独特的制度逻辑以及相应的权力运行状态的。③

四、余论:纾解二元张力的未竟事业

总而言之,作为一种现象描述、分析范畴与研究框架,发展导向下中国式规制国家的法治构造的样态和问题无疑值得研究者对其加以重视,可以从它的结构机理、运行逻辑、具体机制入手,对法治建设中的诸多现象进行学理上的细致分析和探究。当然本文显然仅是未来深入研究的一个起点而已,旨在为我国立足新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局的时代背景之下,如何将法治的精神、原则、价值和框架,导入规制国家的建构之中,即为如何构建与新发展格局相匹配的“发展型法治”④提供理论提示和指引。

中国式规制国家在迈向成熟定型的历史进程中,必然要处理好发展导向下法治建设中的二元张力,而张力之中蕴含的难题必将长期存在,且难以一蹴而就地消解,可行的思路应是将法治的基本要素,包括公权力约束、正当程序、权利保障等,融合渗透至规制法体系的构建之中,并包容、引导、规范市场自我规制规则的生长。同时,在立法、司法、政府自我规制、社会自我规制等具体制度的建构与完善以构筑经济法治方面,现有的规范体系和制度安排尚存在很大的可塑性与提升空间,因而从立法论(法政策学)、解释论等维度的规范主义进路的努力可以有效推动制度的改进和优化。大体而言,目前出现的多种旨在消解二元张力的合法性方法和制度技术可分为两种进路:一种是较为传统的思路,即通过事前依托立法的规范先定与事后的包括来自人大、法院、公众的监督制约;另一种新兴的改良思路主要是程序主义进路的,通过遵从宪法法律和正当程序,政府既可因需变动权能边界,又不破坏自我规制的基本立场。

---

① 参见钱弘道、杜维超:《论实验主义法治——中国法治实践学派的一种方法论进路》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2015 年第 6 期,第 6—19 页。

② 关于宏观调控可诉与否,学界尚存疑虑,我国司法实务中也未有相关案例。相关讨论可参见徐澜波:《宏观调控的可诉性之辨》,《法学》2012 年第 5 期,第 63—74 页;邢会强:《宏观调控行为的不可诉性再探》,《法商研究》2012 年第 5 期,第 72—78 页。

③ 事实上,不只我国,东亚国家中基于“发展型政府”的强势地位,行政诉讼均扮演了一个相对弱势的角色,这在比较法上也是一个非常有意思的现象。See John Ohnesorge, *Administrative Law in East Asia : a Comparative-Historical Analysis*, Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, Edward Elgar Publishing, 2010, pp.78-91。

④ 张守文:《新发展格局与“发展型法治”的构建》,《政法论丛》2021 年第 1 期,第 3—13 页。

当然,这里的“传统”或“新兴”均只是总体上和相对而言的,并无优劣之分,因为事实上,即使是看似“古老”的司法审查方法亦会随着时代环境变化、理论认识的起伏而表现出对政府规则制定审查发生深浅不一的更替,或者增加新内容,并且任何方法和技术都有其功能限度。不过在我国当下实践中,人大授权立法制度、合宪性审查制度、执法监督检查制度、监察问责机制等都尚在深入探索和完善阶段,仍颇为值得期待。

The Legal Construction of the Chinese-style Regulatory State under the Development Orientation

Dong Xuezhi

(*School of Law*, *Fujian Normal University*, *Fuzhou* 350117, *China*)

Abstract: Regulating state is the theoretical refinement and experience summarization of the relationship between the state and the market. Since the start of the reform and opening-up, our country has embarked on the road of shaping a regulatory state. With more than 40 years of reform and accumulation, a development-oriented Chinese-style regulatory state has basically taken shape. What determines the form of a regulatory state does not lie in such technical aspects as regulatory tools and strategies, but externally depends on the positioning and grasping of the relationship between the government and the market, and internally constructs a national governance structure and governance system embedded in the regulatory organization. The legal construction of the Chinese-style regulatory state can be observed through the norm of the economic law and the constitutional arrangement of “the law to promote development” (促进发展之法). The dual pursuit for the development and the rule of law, and the debugging of the inherent dual tension are the forming logic for the Chinese-style regulatory state, which poses such complex problems as the prevalence of informal legal sources, and the insufficient supervision and restriction mechanisms for the construction of the rule of law. At the same time, the external supervision forces, including the People´s Congress and the Court, are very weak, which also constitutes a difficult problem for the rule of law. Therefore, more innovative theoretical explanations and institutional improvements are needed in the future.

Key words: development-oriented; Chinese characteristics; regulatory state; legal construction

(责任编辑　　郭昌盛)